Die Gehorsamspflicht des Staatsanwalts nach § 146 des Gerichtsverfassungsgesetzes

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i. Br.

von

Walther Spaeth

Rechtsanwalt in Berlin

Großbetrieb für Dissertationsdruck von Robert Noske in Borna-Leipzig

1934

Referent: Professor Dr. Kern

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen

Inhalt.

Seite

I. Einleitung 1
II. Allgemeine Grundsätze über die dienstlichen Anweisungen innerhalb der Staatsanwaltschaft 1
III. Anweisungen für die dienstliche Tätigkeit 4
A. Das Verhältnis zwischen § 146 GVG. und § 152 StPO. 5
B. Die einzelnen Tätigkeiten des Staatsanwalts 17
1. Ablehnung des Ermittlungsverfahrens 17
2. Einstellung des Verfahrens 18
3. Anklageerhebung 19
4. Die Vertretung der Anklage in der Hauptverhandlung 21
a) Der Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit 21
b) Die Beweisanträge 21
c) Der Schlußvortrag 22
d) Die Strafanträge 26
5. Die Einlegung von Rechtsmitteln 27
6. Die Strafvollstreckung 28
IV. Das Verhalten des Staatsanwalts gegenüber nicht rechtmäßigen oder zweifelhaften Anweisungen des Vorgesetzten 29

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543109_0022

Literatur.

I. Kommentare und Lehrbücher.

Jahn: Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1884/88.
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz, 18. Aufl. 1929.
Rosenfeld: Der Reichsstrafprozeß, 4. u. 5. Aufl. 1912.

Beling: Deutsches Strafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts. 1928. (In Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, hrsg. von Stier-Somlo.)
— Strafprozeßrecht. In Enzyklopädie der Rechtswissenschaften von Holtzendorff-Kohler, 7. Aufl. 1914.
Benneke-Beling: Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts. 1900.
Binding: Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl. 1904.
Birkmeyer: Deutsches Strafprozeßrecht. 1898.
Gerland: Der deutsche Strafprozeß. 1927.
Glaser: Handbuch des Strafprozesses. 1883/85.
Graf zu Dohna: Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 1929.
v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892.
Lilienthal: Das Strafprozeßrecht. In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, 2. Aufl. 1904.
Ullmann: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1893.
Zachariae: Handbuch des Deutschen Strafprozesses. 1861.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch. 3. Aufl. 1925.
Frank: Das Reichsstrafgesetzbuch, 17. Aufl. 1926.
v. Olshausen: Das Reichsstrafgesetzbuch, 11. Aufl. 1927.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1922.
Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1905.
— Grundriß des deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 8. Aufl. 1913.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl. 1932.
Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1892.

Dietz: Militärstrafrecht. In Enzykl. d. Rechtswiss. von Holtzendorff-Kohler, 7. Aufl. 1914.
Mayer, Max E.: Deutsches Militärstrafrecht. 1907.
Romen-Rissom: Militärstrafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 1916.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 3. Aufl. 1930.
Giese: Deutsches Staatsrecht. 1930.
Jellinek: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931.
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 1913.
Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919.
Smend: Verfassung und Verfassungsrecht. 1928.
Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl. 1895/97.
Bornhak: Preuß. Staatsrecht. 1912.
Huber: Kommentar zur preuß. Verfassung. 1921.
Bornhak: Staats- und Verwaltungsrecht des Großherzogtums Baden. 1908.
Walz: Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden. 1909.

II. Monographien.

Buerschaper: Der Staatsanwalt im künftigen Strafprozeß. In DRZ. 1920 S. 6 ff.
— Die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft. In DStrZ. Bd. 7 S. 707.
Carsten: Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. 1932.
Falck: Die Stellung der Staatsanwaltschaft. In Die Justiz Bd. 1 Heft 1.
v. Marck, Kloß-Schwederski: Die Staatsanwaltschaft bei den Land- und Amtsgerichten in Preußen. 1913.
Klann: Soll die Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft aufgegeben werden? (DJZ. 1930 S. 1006 ff.).
Otto: Die preußische Staatsanwaltschaft. 1899.

v. Ammon: Der bindende rechtswidrige Befehl. 1926.
Battenberg: Das auf Befehl begangene Verbrechen. 1916. (Strafrechtl. Abhandl. Heft 189).
Brand: Das (preuß.) Beamtenrecht. 1928.
Buchmann: Ist der Staatsbeamte verpflichtet, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen? Bresl. Diss. 1909.
Dörfel: Die Gehorsamspflicht des Beamten gegenüber rechtswidrigen Dienstbefehlen. Greifswalder Diss. 1913.
Eckstein: Der Beamtenbegriff. In ArchÖffR. Bd. 27 (1911) S. 487 ff.
Elster: Artikel „Rechtswidrigkeit" im Handwörterbuch der Rechtswiss., hrsg. von Stier-Somlo u. Elster.
Feisenberger: Artikel „Staatsanwaltschaft" ebenda.
Gerber: Vom Begriff und Wesen des Beamtentums. In ArchÖffR. Bd. 57, 1930, S. 1 ff.
Girginoff: Der bindende Befehl im Strafrecht. Leipziger Diss. 1904.
Gommersbach: Die Gehorsamspflicht der deutschen Reichs- und der preuß. Staatsbeamten. Greifswalder Diss. 1913.
Größler: Die Schranken der Gehorsamspflicht des Beamten nach deutschem Recht. Heidelberger Diss. 1908.
v. Hippel: Der Entwurf einer Strafprozeßordnung in „Schwurgericht und Schöffengericht", hrsg. von Wittermaier u. Liepmann, 1909, Bd. 2 Heft 1.

Heilborn: Die Pflicht des preußischen und des Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle. In Festschr. f. Gierke 1911 S. 125 ff.
Hochheimer: Der Beamtenbegriff im deutschen Reichsstrafrecht. 1929.
Hüfner: Der Dienstvorgesetzte des Beamtenrechts. Leipziger Ztschr. 1928 S. 1 ff.
Jansen: Pflichtenkollision im Strafrecht. 1930. (Strafrechtliche Abhandlungen Bd. 269.)
Liste: Die Gehorsamspflicht des Beamten. Heidelberger Diss. 1909.
Kern: Die Verdrängung des Rechts durch Gnade. In Ztschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 43 S. 588.
Kleinfeller: Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten. In Vergleich. Darstellg. d. deutschen und ausländischen Strafrechts, Berlin 1908.
Oppenheim: Die Rechtsbeugungsverbrechen. 1886.
Schmidt, Ulrich: Die Verfolgung Unschuldiger. Tübinger Diss. 1911.

Hahn: Die gesamten Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz. 1879.
— Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung. 1880.

I. Einleitung.

In der vorliegenden Arbeit soll die Gehorsamspflicht des Staatsanwalts untersucht werden, wie sie im § 146 des Gerichtsverfassungsgesetzes niedergelegt ist. Diese Bestimmung unterwirft den Staatsanwalt in seiner dienstlichen Tätigkeit den Anweisungen seiner Vorgesetzten und reiht ihn damit in die Kategorie aller gehorsamspflichtigen Beamten ein. Die Untersuchung des § 146 GVG. soll sich jedoch nicht mit sämtlichen Folgerungen befassen, die sich für den Staatsanwalt aus der Gehorsamspflicht ergeben können. Es soll vielmehr im wesentlichen nur untersucht werden, inwieweit die Gehorsamspflicht des Staatsanwalts von der der übrigen Reichs- oder Landesbeamten abweicht, inwieweit insbesondere durch die Eigenart der staatsanwaltlichen Tätigkeit dienstliche Anweisungen nicht möglich oder durch andere gesetzliche Bestimmungen ausgeschlossen sind.

II. Allgemeine Grundsätze über die dienstlichen Anweisungen innerhalb der Staatsanwaltschaft.

In § 146 GVG. ist bestimmt: „Die Beamten der Staatsanwaltschaft haben den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzter nachzukommen. In den Sachen, für welche das Reichsgericht in erster und letzter Instanz zuständig ist, haben alle Beamten der Staatsanwaltschaft den Anweisungen des Oberreichsanwalts Folge zu leisten."

Aus dieser Bestimmung folgt zunächst der grundsätzliche Unterschied zwischen der Stellung des Richters in seinen Dienstgeschäften und derjenigen des Staatsanwalts. Während der Richter gemäß § 1 GVG. und Art. 102 RV. in seiner rechtsfindenden Tätigkeit nur dem Gesetz unterworfen ist und Anweisungen über seine Entscheidungen nicht entgegenzunehmen hat, muß der Staatsanwalt solchen Anweisungen folgen. Dieser Unterschied ist be-

gründet in der Stellung des Staatsanwalts im Strafverfahren. Zwar ist auch der Staatsanwalt berufen, an der Findung des Rechts im einzelnen Falle mitzuwirken; doch in erster Linie ist es sein Amt, den Strafanspruch des Staates gegenüber allen Rechtsbrechern durchzusetzen. Es erhellt ohne weiteres, daß der Staat ein großes Interesse an der Durchführung der Verbrechensbekämpfung durch Bestrafung der Täter hat; er hat aber auch ein Interesse daran, daß diese Durchführung möglichst einheitlich und nach denselben Gesichtspunkten erfolgt, wie er überhaupt ein Interesse daran hat, Einfluß auf die Strafrechtspflege zu haben. Der Staat muß daher auf dem Wege über die Dienstanweisung einen Einfluß auf die Tätigkeit des einzelnen Staatsanwalts haben können.

Dies Interesse des Staates kommt in § 147 GVG. zum Ausdruck, also in derjenigen Bestimmung, die das Recht der Aufsicht und Leitung regelt. § 147 GVG. bestimmt zunächst, daß das Recht der Aufsicht und Leitung hinsichtlich des Oberreichsanwalts und der Reichsanwälte dem Reichsminister der Justiz, hinsichtlich aller staatsanwaltlichen Beamten eines Landes der Landesjustizverwaltung dieses Landes zusteht. Damit ist dem Staat, der durch die Justizverwaltung vertreten wird, der maßgebende Einfluß auf die Geschäfte der Staatsanwaltschaften gesichert. Weiter haben dann das Recht der Leitung nach § 147 Ziff. 3 GVG. „die ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten hinsichtlich aller Beamten der Staatsanwaltschaft ihres Bezirkes".

Diese Bestimmung und die darin enthaltene Hierarchie ist nicht erst mit dem Gerichtsverfassungsgesetz entstanden. Schon als die Staatsanwaltschaft im Jahre 1849 in Preußen eingeführt wurde, bestimmte der § 3 der Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen vom 3. 1. 1849 (PrGS. S. 14): „die Oberstaatsanwälte und deren Gehülfen gehören nicht zu den richterlichen Beamten. Sie sind in ihrer Amtsführung nicht der Aufsicht der Gerichte, sondern die Staatsanwälte der Aufsicht des Oberstaatsanwalts und dieser mit ihnen der des Justizministers unterworfen, dessen Anweisungen sie nachzukommen haben." Dieselbe Bestimmung findet sich für Preußen dann noch im § 2 der Allgemeinen Verfügung vom 13. 11. 1849 (Justizministerialblatt S. 460) und für Baden in den §§ 1 und 10 der Verordnung vom 23. 9. 1879 (Ges.u.VOBl. S. 739).

Das in § 146 GVG. bestimmte Leitungs- und Aufsichtsrecht des Vorgesetzten kann in zweierlei Weise ausgeübt werden. Zu-

nächst einmal dadurch, daß der Vorgesetzte für seinen Bezirk allgemeine Anordnungen über die Behandlung der einzelnen Sachen erläßt. An diese Anordnung ist jeder Untergebene in jeder Sache gebunden und die Nichtbeachtung dieser Vorschriften macht ihn dem Vorgesetzten verantwortlich. Nach außen hin allerdings, insbesondere dem Gericht gegenüber, ist eine Handlung des einzelnen Staatsanwalts, die gegen eine solche Anordnung verstößt, deshalb nicht rechtsungültig; diese Anordnungen haben eine Verbindlichkeit nur innerhalb der Staatsanwaltschaft selbst, das Gericht berücksichtigt sie nicht.

Weiter hat der Vorgesetzte auch das Recht, in die Bearbeitung einer bestimmten einzelnen Sache mit Anweisungen einzugreifen. Dieses Recht ist, wenn es auch vielleicht aus dem Gesetzestext nicht ganz eindeutig hervorgeht, heute ganz unbestritten [1]), und es ergibt sich auch aus dem Wesen der Staatsanwaltschaft, daß das Leitungsrecht auch den Eingriff in die einzelne Sache umfassen muß. Der Staat muß auf die einzelne Sache Einfluß nehmen können, um seine Interessen zu wahren; dies ist nicht immer auf dem Wege der allgemeinen Anordnung möglich, und eine solche wäre auch oftmals überflüssig, wenn es sich um eine Regelung für einen einzelnen Fall handelt und die dort erteilte Anweisung für andere Fälle nicht in Frage kommt.

Die Absicht des Gesetzgebers, das Leitungsrecht auch auf den einzelnen Fall zu erstrecken, ergibt sich auch aus § 145 GVG. Wenn der Vorgesetzte in der Lage ist, jede einzelne Sache selbst zu übernehmen, so bedeutet es keine Erweiterung seiner Befugnisse, wenn er sich darauf beschränkt, die Sache nur nach seinen Weisungen bearbeiten zu lassen. Es kann daher kein Zweifel daran bestehen, daß das Recht der Leitung und Aufsicht sowohl allgemeine Anordnungen als auch Anweisungen für den einzelnen Fall umfaßt.

Es muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß auch die für einen konkreten Fall ergangene Anordnung nur den angewiesenen Staatsanwalt bindet. Handelt dieser der Anweisung zuwider, so hat das Gericht sich nur nach seinem Antrage zu richten, selbst wenn es weiß, daß der betreffende Sachbearbeiter zur Stellung eines anderen Antrages angewiesen war [2]). Dies ergibt sich aus § 144 GVG. Dem Gericht tritt nicht der einzelne Staatsanwalt, sondern der Vertreter der Staatsanwaltschaft gegenüber. Das Gericht kann seine sachliche Zuständigkeit und seinen Auftrag gar

---

[1]) Vgl. Löwe Anm. 3 a zu § 146 GVG.; RGSt. 44, 77.
[2]) Vgl. Löwe Anm. 4 zu § 146 GVG.

nicht prüfen, da der dem ersten Beamten beigeordnete Staatsanwalt alle Handlungen, die in dessen Zuständigkeit fallen, für ihn ohne Nachweis eines besonderen Auftrags vornehmen kann.

Aus der Pflicht des Staatsanwalts, den Anweisungen in der konkreten Sache nachzukommen, hat sich noch besonders die Pflicht entwickelt, zunächst in allen zweifelhaften Fällen den Rat des Vorgesetzten einzuholen und dessen Entscheidung über die Behandlung der Sache nachzusuchen [3]). Der erste Beamte einer Staatsanwaltschaft kann insbesondere bei größeren Behörden von sich aus den Stand der einzelnen Sache nicht übersehen und könnte daher seine maßgebende Auffassung nicht zur Geltung bringen, wenn der Untergebene ihn nicht mit dem Zweifelsfall bekannt machte. Diese ministerielle Anordnung, ergangen auf Grund des Leitungsrechts, schafft daher nur die Grundlage für eine sachgemäße Ausübung des Leitungsrechts in der einzelnen Sache.

III. Anweisungen für die dienstliche Tätigkeit.

Da der einzelne Staatsanwalt Beamter ist, wird man zunächst geneigt sein, den Umfang seiner Gehorsamspflicht nach den Vorschriften zu bestimmen, die für die Gehorsamspflicht der Beamten schlechthin gelten. Damit würden auch für den Staatsanwalt die Fragen zu untersuchen sein, die im allgemeinen Beamtenrecht so stark umstritten sind: worauf können sich die Anordnungen des vorgesetzten Staatsanwalts erstrecken und wie verhält sich der untergebene Staatsanwalt gegenüber Befehlen, die seiner Meinung nach nicht rechtmäßig sind?

Aus der Beamteneigenschaft des einzelnen Staatsanwalts folgert zunächst, daß sein äußeres Verhalten den Anweisungen des Vorgesetzten unterliegt. Er hat, wie jeder Beamte, das sogenannte decorum officiale zu wahren, sein äußeres Verhalten also so einzurichten, wie es das Ansehen der Beamtenschaft und die Würde des Staates verlangt. Da der Staatsanwalt aber nicht nur Beamter schlechthin ist, sondern gerade die Strafgewalt des Staates verkörpert, also dafür sorgen soll, daß jedermann sich rechtlich verhalte, wird man an sein eigenes Verhalten einen um so strengeren Maßstab legen dürfen. Es steht daher dem Vorgesetzten zu, seinen Staatsanwälten beispielsweise den Verkehr in bestimmten Lokalen oder mit bestimmten Leuten zu untersagen und das um so mehr,

[3]) Z. B. § 12 der Badischen VO. vom 23. 9. 1879 in Ges.u.VOBl. S. 739.

je kleiner die Stadt ist, in der sich die Behörde befindet, je mehr also der einzelne Beamte der Beobachtung seiner Mitbürger unterliegt. Der einzelne Staatsanwalt kann also besonders strengen Anweisungen hinsichtlich seines Verhaltens unterworfen werden.

Anweisungen über das äußere Verhalten der Staatsanwälte werden in der Praxis aber verhältnismäßig selten notwendig werden; im wesentlichen erstrecken sich die Befehle des Vorgesetzten auf die dienstliche Tätigkeit seiner Untergebenen. Die verschiedenartigen Tätigkeiten des Staatsanwalts sollen daher daraufhin untersucht werden, inwieweit sie den Anweisungen des Vorgesetzten unterliegen und ob sich aus der Stellung des Staatsanwalts im Strafverfahren Besonderheiten gegenüber der Gehorsamspflicht der sonstigen Beamten ergeben. Da nun aber die Tätigkeit des Staatsanwalts im wesentlichen Strafverfolgung ist, alle seine Handlungen also grundsätzlich dadurch bestimmt sind, den Strafanspruch des Staates zu verwirklichen, muß vorweg untersucht werden, wieweit sich auf die Strafverfolgung gerichtete Anweisungen mit den Bestimmungen der Strafprozeßordnung über die Verfolgung strafbarer Handlungen vertragen, ob also insbesondere das in § 146 VGV. gegebene Anweisungsrecht an dem sogenannten Legalitätsprinzip des § 152 StPO. eine Grenze findet oder nicht.

A. Das Verhältnis zwischen § 146 GVG. u. § 152 StPO.

In § 152 StPO. ist bestimmt:

> Die Staatsanwaltschaft ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller gesetzlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

Mit dieser Bestimmung hat sich der Gesetzgeber auf den Boden des Legalitätsgrundsatzes gestellt; nach diesem hängt die Verfolgung einer Tat nur davon ab, ob sie gesetzlich strafbar und auch verfolgbar ist. Die Staatsanwaltschaft hat also nur zu prüfen, ob der festgestellte Sachverhalt unter ein Strafgesetz fällt und ob nicht etwa besondere Hindernisse, wie z. B. Immunität, Fehlen des Strafantrags usw., die Verfolgung der Handlung hindern. Liegen daher die Voraussetzungen vor, so m u ß sie Anklage erheben, gleichgültig, ob sie es für zweckmäßig hält oder nicht[4]). Der Kernpunkt des Legalitätsgrundsatzes ist also der Ausschluß

[4]) Vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 4 b zu § 152.

aller Erwägungen, ob die Strafverfolgung etwa aus politischen Gründen auch zweckmäßig ist; noch so bedenkliche Folgen dürfen die Staatsanwaltschaft von der Anklageerhebung nicht abhalten (Ausschluß des sogenannten Opportunitätsgrundsatzes [5])).

Der Legalitätsgrundsatz zwingt die Staatsanwaltschaft also, begründete Klagen zu erheben. Davon streng zu scheiden ist aber die Frage, ob eine Klage auch wirklich begründet ist. Dies zu prüfen ist die Staatsanwaltschaft nach § 160 StPO. verpflichtet; sie hat also den Sachverhalt nach allen Richtungen zu erforschen und daraufhin zu prüfen, ob eine strafbare Handlung begangen ist. Das Ergebnis dieser Tätigkeit wird aber oft ein zweifelhaftes sein. Insbesondere wird oft fraglich sein, ob auch der für eine Verurteilung erforderliche Nachweis der strafbaren Handlung in der Hauptverhandlung zu erbringen sein wird, ob also eine Verurteilung mit ziemlicher Sicherheit zu erwarten ist. Es kann daher oft zweckmäßig sein, auch bei starkem Verdacht, eine Anklage nicht zu erheben oder sie noch aufzuschieben, damit die das Ansehen des Staates schädigende und das Strafklagerecht konsumierende Freisprechung mangels Beweises vermieden werde. Die hierüber anzustellenden Erwägungen sind zwar ebenfalls Erwägungen über die Zweckmäßigkeit der Anklageerhebung; sie sind aber nicht durch den Legalitätsgrundsatz ausgeschlossen, da sie ja nur zur Entscheidung führen sollen, ob wirklich eine begründete Klage vorliegt, nicht ob eine begründete Klage überhaupt erhoben werden soll. Das Ermessen der Staatsanwaltschaft entscheidet also, ob in solch zweifelhaften Fällen die Klage zu erheben ist, der Legalitätsgrundsatz findet auf diese Entscheidung keine Anwendung. Wohl aber ergibt sich aus § 152 StPO. auch, daß die Staatsanwaltschaft die Anklageerhebung dann zu unterlassen hat, wenn die Unbegründetheit der Klage feststeht; das ist nur eine notwendige Folge des Legalitätsgrundsatzes.

Wir haben uns also mit der Frage zu befassen, wie sich die aus dem Legalitätsgrundsatz folgende Pflicht zur Anklageerhebung zu der Gehorsamspflicht des einzelnen Beamten verhält. Es ist zu prüfen, ob ein Beamter der Staatsanwaltschaft nach § 146 GVG. verpflichtet ist, einem Befehl seines Vorgesetzten Folge zu leisten, in welchem ihm aufgegeben wird, das Verfahren in einem Falle einzustellen, in dem nach § 152 StPO. die Anklage wegen des Vorliegens der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen erhoben werden müßte; ebenso, ob er auf Anweisung eine Anklage zu er-

[5]) Über die hier einschlagende Frage der Abolition vgl. unten S. 33.

heben verpflichtet ist, wenn diese tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorliegen oder eine strafbare Handlung aus anderen Gründen nicht gegeben ist. Es fragt sich also, ob die sich für den einzelnen Staatsanwalt aus dem Legalitätsgrundsatze ergebenden Pflichten hinter die dienstliche Gehorsamspflicht zurücktreten müssen oder ob ein gegen den Legalitätsgrundsatz verstoßender Befehl des Vorgesetzten für den Untergebenen nicht verbindlich ist. Für den einzelnen Staatsanwalt ist die Entscheidung dieser Frage von höchster Bedeutung, da das Strafgesetzbuch in den §§ 344 und 346 die Verfolgung Unschuldiger wie die Nichtverfolgung Schuldiger durch die Staatsanwaltschaft unter hohe Strafen gestellt hat und der angewiesene Staatsanwalt daher bei Unverbindlichkeit solcher Befehle bestraft werden kann, während eine Bestrafung bei Verbindlichkeit des Befehls nicht erfolgen kann; der bindende Befehl muß vielmehr als echter Unrechtsausschließungsgrund angesehen werden, da die Erfüllung einer Rechtspflicht nicht auch zugleich eine rechtswidrige Handlung sein kann [6]).

Bevor hier versucht werden soll, diese Frage zu lösen, muß noch eingeschaltet werden, daß die Frage zunächst nur für solche Fälle untersucht werden soll, in denen Zweifel an der Schuld oder Unschuld des Verfolgten nicht bestehen können. Als Beispiel möge folgender Fall dienen: 1. der Vorgesetzte weist den Staatsanwalt an, Anklage gegen A. wegen eines Diebstahls bei B zu erheben, obgleich C. gestanden hat, diesen Diebstahl ausgeführt zu haben und dieses Geständnis durch glaubwürdige Zeugen bestätigt wird, während A. ein einwandfreies Alibi nachweisen kann. 2. der Vorgesetzte weist in demselben Falle den Staatsanwalt an, das Verfahren gegen C. einzustellen.

Die wohl als herrschend zu bezeichnende Lehre entscheidet die gestellte Frage dahin, daß der Staatsanwalt auch solchen Befehlen Folge leisten müsse, die gegen den Legalitätsgrundsatz verstoßen [7]). Diese Lehre wird im wesentlichen durch folgende drei Begründungen getragen:

1. Zunächst soll eine Pflichtenkollision beim Staatsanwalt überhaupt nicht vorliegen. Die Pflichten des § 146 GVG. und des

[6]) So Ebermayer Anm. 9 zu § 344; Allfeld S. 138; v. Ammon S. 181 ff.; v. Liszt-Schmidt S. 210 u. Frank III vor § 50 und IV zu § 346 nehmen allerdings einen Entschuldigungsgrund an; vom hier maßgeblichen Gesichtspunkt aus macht es aber keinen Unterschied, da auch sie den bindend angewiesenen Staatsanwalt nicht bestrafen.

[7]) So: Olshausen Note 3 zu § 346; Löwe Anm. 8 zu § 152 StPO.; Laband Bd. 3 S. 449, 450; Rosenfeld S. 54; Battenberg S. 64 ff.; Girginoff S. 60 Anm. 2; Birkmeyer S. 319; Gerland S. 110 unter e.

§ 152 Abs. 2 StPO. hätten, wie hauptsächlich Battenberg [8]) ausführt, gar nicht dieselben Subjekte; vielmehr sei in § 146 GVG. eine Pflicht des einzelnen Staatsanwalts bestimmt, während § 152 Abs. 2 StPO. nur eine Pflicht der Staatsanwaltschaft als solcher aufstelle. § 152 StPO. statuiere nur das Legalitätsprinzip im Gegensatz zum Opportunitätsprinzip, wolle aber an der im § 146 GVG. festgesetzten Organisation der Staatsanwaltschaft nichts ändern. Damit, daß die Staatsanwaltschaft als solche verpflichtet sei, sich nach dem Legalitätsprinzip zu richten, ergebe sich durchaus noch nicht, daß auch der einzelne Beamte sich unbedingt darnach richten und entgegenstehenden Befehlen den Gehorsam verweigern müsse, da eben § 152 StPO. nur die Staatsanwaltschaft, nicht aber den einzelnen Beamten derselben im Auge habe.

2. Battenberg (a. a. O.) hat die unbedingte Gehorsamspflicht auch damit zu erklären versucht, daß § 152 StPO. kein Gesetz ohne Ausnahme sei, da die Pflicht zur Anklageerhebung angeordnet sei, „soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist". Eine solche andere gesetzliche Bestimmung sei aber § 146 GVG., weil in diesem Paragraphen gesagt ist, daß der einzelne Beamte der Staatsanwaltschaft verpflichtet sei, den Anweisungen seiner Vorgesetzten Folge zu leisten. Eine Anweisung zur Anklageerhebung könne daher, ganz gleich, auf welchem Sachverhalt sie beruhe, niemals gegen die Bestimmung des § 152 Abs. 2 StPO. verstoßen.

3. Das Hauptargument jedoch, mit dem die herrschende Lehre die unbedingte Gehorsamspflicht des Staatsanwalts begründet, ist die Zweckbestimmung der Staatsanwaltschaft zur Wahrung der Staatsinteressen. Der Staat habe sich, so wird ausgeführt, die Erhebung der öffentlichen Klage vorbehalten nicht nur, weil seine geschulten Beamten viel besser als der Geschädigte oder Verletzte in der Lage seien, die Bestrafung des Rechtsbrechers herbeizuführen, sondern weil der Staat selbst das größte Interesse an der Verfolgung strafbarer Handlungen habe. Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verlange es unbedingt, daß strafbare Handlungen nicht ungeahndet bleiben, da sonst ein geordnetes Staatsleben nicht möglich sei. Um dieses Interesse des Staates wahrzunehmen, führt die herrschende Lehre weiter aus, sei von ihm die Staatsanwaltschaft eingerichtet worden. Wenn diese aber ihre Aufgabe ordnungsgemäß erfüllen solle, nämlich die Aufgabe, das Staatsinteresse in erster Linie wahrzunehmen, dann müsse der Staat die Möglichkeit haben, auf dem Wege über die

[8]) S. 64 ff.

Justizverwaltung die Staatsanwaltschaft zur Verfolgung strafbarer Handlungen anzuhalten oder ihr auch gegebenenfalls die Verfolgung zu verbieten. Aus diesem Grunde müsse der § 146 GVG. dahin verstanden werden, daß der einzelne Staatsanwalt allen Befehlen Folge zu leisten habe, die auf die Verfolgung bzw. Nichtverfolgung von Straftaten abzielen, gleichgültig auf Grund welchen Sachverhaltes sie ergehen.

Diese für die unbedingte Gehorsamspflicht des Staatsanwalts vorgebrachten Gründe sind m. E. nicht geeignet, davon zu überzeugen, daß die Gehorsamspflicht des Staatsanwalts tatsächlich eine unbedingte sei und auch durch das Legalitätsprinzip nicht eingeschränkt werde. Richtig scheint mir vielmehr die Lehre zu sein, daß das Befehlsrecht des vorgesetzten Staatsanwalts und der Justizverwaltung nicht so weit reicht, den untergeordneten Staatsanwalt anzuweisen, eine öffentliche Klage auch in solchen Fällen zu erheben, in denen die Staatsanwaltschaft nach § 152 Abs. 2 StPO. nicht anklagen darf oder aber die Erhebung der Anklage dort zu unterlassen, wo sie nach den Grundsätzen des Legalitätsprinzips erhoben werden müßte.

Es kann zunächst nicht zugegeben werden, daß der Staat an einem unbedingten Gehorsam des Staatsanwalts ein notwendiges Interesse habe. Zweifellos ist das Anweisungsrecht als solches innerhalb der Staatsanwaltschaft notwendig; wenn der Staat die Strafverfolgung nicht mehr wie im alten deutschen Recht dem Einzelnen überläßt, dann muß er auch in der Lage sein, die amtliche Strafverfolgung einheitlich zu regeln und zu überwachen; das Anweisungsrecht ist auch erforderlich, um schnelle und zuverlässige Arbeit zu gewährleisten. Die herrschende Lehre verkennt nun aber, daß der Staat nur insoweit ein Interesse an der Möglichkeit der Anweisung des Staatsanwalts hat, als seine Aufgabe der Strafverfolgung reicht. Der heutige Staat hat als Rechtsstaat eine Rechtsordnung, in der genau festgelegt ist, durch welche Handlungen sich jemand strafbar macht und wann er deswegen zu verfolgen ist. Ein Teil dieser Rechtsordnung ist der § 152 StPO. In ihm ist niedergelegt, wann die Staatsanwaltschaft einzuschreiten hat und per argumentum e contrario ist daraus zu entnehmen, wann sie eine Anklage nicht erheben darf. Durch den Legalitätsgrundsatz erfährt der Aufgabenkreis der Staatsanwaltschaft daher eine genaue Begrenzung, an die sich die Staatsanwaltschaft zu halten hat. Der Staat kann nun kein Interesse daran haben, die Staatsanwaltschaft außerhalb dieses ihres Aufgabenkreises tätig werden zu lassen und sie anzuweisen, das Legalitätsprinzip zu über-

schreiten. Demzufolge kann der Staat auch kein Interesse daran haben, den einzelnen Staatsanwalt anzuweisen, ohne Rücksicht auf den Legalitätsgrundsatz tätig zu werden.

Es ist ein im deutschen Beamtenrecht feststehender Grundsatz, daß die Dienstpflicht eines jeden Beamten durch den Umfang des von ihm versehenen Amtes begrenzt ist[9]). So hat das Preußische Oberverwaltungsgericht einmal in einer Entscheidung (Bd. 26 S. 415) gesagt: „Die Befugnisse und Pflichten öffentlicher Beamten bestimmen sich nach den darüber ergangenen Gesetzen und den erteilten Amtsinstruktionen und sind in deren Ermangelung aus der Natur und dem Wesen des Amtes zu beurteilen." Keine Behörde kann somit ihre Beamten mit einer größeren Machtfülle ausstatten, als ihr selbst zusteht[10]); sie kann sie andererseits auch nicht verbindlich zu einer Tätigkeit anhalten, die nicht zu den Obliegenheiten des Amtes gehört[11]). Daher hat auch der Staatsanwalt als Beamter nur die ihm durch sein Amt auferlegten Pflichten zu erfüllen.

Der Umfang dieses Amtes wird bestimmt durch den Aufgabenkreis der Staatsanwaltschaft. Das Gerichtsverfassungsgesetz spricht ausdrücklich von einem Amt der Staatsanwaltschaft (§ 142) und daß dieses von den Staatsanwälten ausgeübt werde. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß der Aufgabenkreis des einzelnen Staatsanwalts nicht größer sein kann als der der Staatsanwaltschaft. Wenn diese daher nicht befugt ist, von sich aus nach eigenem Ermessen die Erhebung der Anklage zu unterlassen oder zu beschließen, so überschreitet eine Erhebung oder Unterlassung der Anklage, die durch § 152 Abs. 2 StPO. nicht gerechtfertigt ist, das Amt des einzelnen Staatsanwalts[12]).

Aus den allgemeinen beamtenrechtlichen Grundsätzen muß daher auch geschlossen werden, daß der Staatsanwalt solchen über sein Amt hinausgehenden Anweisungen nicht zu folgen braucht, ja nicht einmal folgen darf. Wenn der Gesetzgeber die für den Staatsanwalt in § 146 GVG. bestimmte Gehorsamspflicht über diese allgemeine Beamtengehorsamspflicht hinaus hätte ausdehnen

---

[9]) So schon das Preußische Allgemeine Landrecht von 1793 in § 3, § 85 Teil II Tit. 10; vgl. auch Laband Bd. I S. 463.

[10]) Laband Bd. I S. 463.

[11]) Otto Mayer hat das sehr treffend formuliert: die Dienstpflicht des Beamten geht der Gehorsamspflicht vor.

[12]) And. A. Girginoff S. 60 Anm. 2, der den Gehorsam des Staatsanwalts als besondere Amtspflicht auffaßt und deshalb die gegen § 152 StPO. verstoßenden Befehle für verbindlich erklärt.

wollen, so hätte er eine derart aus dem Rahmen des sonstigen Beamtenrechts hinausragende Bestimmung sicher deutlich zum Ausdruck gebracht.

Daß der Gesetzgeber die Gehorsamspflicht des Staatsanwalts nicht über den Legalitätsgrundsatz stellen wollte, geht m. E. auch schon daraus hervor, daß er sich überhaupt für die Einführung des Legalitätsprinzips entschlossen hat. Er hat damit deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die Staatsanwaltschaft nicht frei sein solle, strafbare Handlungen zu verfolgen oder die Verfolgung zu unterlassen. Diese Bestimmung wäre aber in der Praxis völlig wirkungslos, wenn man der Gehorsamspflicht des Staatsanwalts ihr gegenüber den Vorrang geben würde. Damit hätte es die Landesjustizverwaltung in der Hand, ob strafbare Handlungen zu verfolgen sind oder nicht, und der § 152 StPO. wäre eine Bestimmung, die nach Gutdünken zu umgehen ist. Bei der fundamentalen Bedeutung des Legalitätsprinzips kann dies aber nicht richtig sein. Dieser Grundsatz wurde gerade deswegen eingeführt, um die Strafjustiz dem Eingriff der Verwaltung und damit jeglicher Willkür zu entziehen. Man wollte bewußt mit der sogenannten Kabinettsjustiz brechen und lediglich das Gesetz zum Maßstab für die Verfolgung strafbarer Handlungen machen. Es kann deshalb mangels einer ausdrücklichen Bestimmung nicht angenommen werden, daß § 152 StPO. beim Vorliegen einer Anweisung seitens des Staatsanwalts nicht zu berücksichtigen sei; das wäre Einführung und Außerkraftsetzung des Legalitätsprinzips in einem Zuge[13]).

Außerdem hat der Gesetzgeber auch die Fälle, in denen er Ausnahmen vom Legalitätsprinzip gestatten wollte, ausdrücklich im Gesetz aufgenommen. So darf die Staatsanwaltschaft nach § 153 StPO. von der Verfolgung von Übertretungen absehen, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind; nach § 154 StPO. kann von der Erhebung der öffentlichen Klage abgesehen werden, wenn die Strafe, zu der die Verfolgung führen kann, neben einer bereits erkannten oder zu erwartenden Strafe nicht ins Gewicht fällt.

Diese beiden Bestimmungen sind zwar nicht bereits bei Schaffung der Strafprozeßordnung, sondern erst im Jahre 1924 (gem. § 24 VO. vom 24. 1. 1924) durch die sogenannte Emmingersche Justizreform eingeführt worden. Ihre Einführung ist aber gerade deswegen ein Beweis dafür, daß der Gesetzgeber eine gesetzliche Bestimmung derjenigen Fälle für notwendig erachtete, in denen

[13]) Ebenso Benneke-Behling S. 275.

die Verfolgung strafbarer Handlungen aus Zweckmäßigkeitsgründen unterbleiben darf. Daraus muß aber weiter geschlossen werden, daß der Gesetzgeber nur diese in den §§ 153, 154 StPO. oder in sonstigen ausdrücklichen Bestimmungen (z. B. Jugendgerichtsgesetz) niedergelegten Ausnahmen von der Beachtung des Legalitätsgrundsatzes zulassen wollte und der Staatsanwalt daher weitere Ausnahmen nicht machen darf, insbesondere daß er nicht von Fall zu Fall angewiesen werden kann, solche Ausnahmen zu machen. Daß der Gesetzgeber auch noch heute auf diesem Standpunkt steht, zeigt beispielsweise die Notverordnung vom 6. 10. 1931, nach der Übertretungen nur noch verfolgt werden, wenn es das öffentliche Interesse erfordert (Sechster Teil Kap. I § 2). Diese Abänderung des § 153 StPO. mußte also durch Gesetz eingeführt werden. Eine ministerielle Anordnung wäre nicht zulässig gewesen.

Sehr zu beachten sind in diesem Zusammenhange auch die Strafbestimmungen der §§ 346 und 344 StGB. Nach § 346 wird bestraft:

> „ein Beamter, welcher vermöge seines Amtes bei Ausübung der Strafgewalt oder bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken hat, wenn er in der Absicht, jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen, die Verfolgung einer strafbaren Handlung unterläßt oder eine Handlung begeht, welche geeignet ist, eine Freisprechung oder eine dem Gesetze nicht entsprechende Bestrafung zu bewirken, oder die Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe nicht betreibt, oder eine gelindere als die erkannte Strafe zur Vollstreckung bringt".

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß der Staatsanwalt in erster Linie zu den durch § 346 betroffenen Beamten gehört, da ihm die Verfolgung strafbarer Handlungen obliegt. Er wird also bestraft, wenn er die Verfolgung einer strafbaren Handlung unterläßt. Dies Unterlassen ist zunächst die Nichterhebung einer an sich gebotenen öffentlichen Klage, kann aber auch beispielsweise in der Erhebung einer zu milden Anklage oder in der Unterlassung der Berufungseinlegung gefunden werden[14]). Der Staatsanwalt, der eine gebotene Anklage nicht erhebt, handelt demnach objektiv rechtswidrig; das Strafgesetz betont damit ausdrücklich das, was sich auch schon aus der in § 152 StPO. bestimmten Pflicht zur Anklageerhebung ergibt.

---

[14]) Vgl. Frank III zu § 346.

Nach § 344 StGB. wird der Beamte bestraft,

„welcher vorsätzlich zum Nachteile einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschließt".

Auch hier ist der Staatsanwalt betroffen, da er Untersuchungen beantragen, wenn auch nicht beschließen kann. Unter Untersuchung ist nicht nur die förmliche Voruntersuchung zu verstehen, sondern auch die Hauptverhandlung, da auch diese eine „Untersuchung" gegen den Angeklagten darstellt; auch die Anklageerhebung gegen einen Unschuldigen fällt also unter § 344 StGB. Somit ergibt sich, daß das Strafgesetz nicht nur durch § 346 die Pflicht zur Anklageerhebung, sondern auch durch § 344 die Pflicht zur Unterlassung unbegründeter Anklagen schützt; es kann nicht zweifelhaft sein, daß der Gesetzgeber diese Bestimmungen in das Strafgesetzbuch aufgenommen hat, um nach Möglichkeit jede Willkür in der Strafverfolgung auszuschließen, um den in der Strafprozeßordnung bestimmten Verfolgungszwang zu schützen. Dann aber muß man auch folgern, daß das auf diese Weise geschützte Legalitätsprinzip nicht durch Anweisungen eines Vorgesetzten durchbrochen werden soll, Anweisungen, die auf eine objektiv rechtswidrige Handlung gerichtet sind, wenn jemand ohne Grund der verwirkten Strafe entzogen oder gegen einen Unschuldigen eine Untersuchung eröffnet werden soll.

Es ist hier eingewendet worden, daß diese Strafbestimmungen ihre Wirksamkeit zum Schutze des Legalitätsgrundsatzes durch verbindliche Anweisung gar nicht verlören, da in solchen Fällen der anweisende Vorgesetzte an Stelle des ausführenden Staatsanwalts strafbar sei und die Grundsätze der mittelbaren Täterschaft Anwendung fänden. Dieser Einwand ist richtig, solange es sich bei dem anweisenden Vorgesetzten auch um einen Staatsanwalt, gleich welchen Ranges und bei welchem Gerichte, handelt; dagegen versagt der Einwand, wenn die Anweisung von der Landes- bzw. Reichsjustizverwaltung, also dem Justizminister ausgeht. Denn die Strafbestimmungen der §§ 344 und 346 StGB. beziehen sich nicht auf die Beamten der Landesjustizverwaltung, insbesondere nicht auf den Justizminister. Unter die Beamten, die sich nach diesen Bestimmungen strafbar machen können, gehören nur solche, die nach der Strafprozeßordnung berufen sind, strafbare Handlungen zu verfolgen; also außer den Richtern die Staatsanwälte und ihre Hilfsbeamten, nicht aber die Beamten der Landesjustizverwaltung, denen strafprozessuale Befugnisse nicht zustehen. Wenn man also gegen den Legalitätsgrundsatz ver-

stoßende Anweisungen für zulässig halten würde, so käme man zu dem Ergebnis, daß der Generalstaatsanwalt, der eine solche Anweisung erteilt, beim Vorliegen der Voraussetzungen schwer bestraft wird, während der Justizminister sie ungestraft erteilen dürfte.

Der Justizminister macht sich aber auch nicht einmal disziplinarisch strafbar, da für ihn der Legalitätsgrundsatz gar nicht gilt, § 152 StPO. vielmehr nur auf die Staatsanwaltschaft Anwendung findet. Wenn man ihm also gestatten will, verbindliche Befehle zu erteilen, die sich auf eine gegen den Legalitätsgrundsatz verstoßende Tätigkeit beziehen, so gibt man dem Justizminister damit die Macht, nach Gutdünken das Legalitätsprinzip aufzuheben. Es ist bereits oben ausgeführt worden, daß es nicht der Wille des Gesetzgebers sein kann, einerseits ein mit strafrechtlichem Schutz versehenes Legalitätsprinzip aufzustellen, und andererseits die Befolgung des Prinzips in das Gutdünken der Landesjustizverwaltung zu stellen.

Wenn die herrschende Lehre die in Rede stehenden Befehle für verbindlich halten will, so widerspricht dies für alle Befehle, deren Ausführung die §§ 344, 346 StGB. verletzt, auch den Grundsätzen des allgemeinen Beamtenrechts. Denn hier gilt für die Verbindlichkeit eines Befehls grundsätzlich das Erfordernis, daß der Befehl nicht einem Strafgesetz zuwiderläuft; es ist unmöglich, das durch Strafdrohung sanktionierte gesetzliche Verbot und den Dienstbefehl nebeneinander bestehen zu lassen [15]). Der Dienstbefehl als die schwächere Norm muß daher weichen, sodaß auch aus diesem Gesichtspunkt ein Befehl zur Anklageerhebung oder Unterlassung der Anklage zumindest dann nicht für verbindlich zu halten ist, wenn er gegen das Strafgesetz verstößt.

Auch ein Vergleich mit der Gehorsamspflicht des Soldaten, die stets als eine besonders intensive angesehen wird, zeigt, daß der Gesetzgeber es nicht beabsichtigt haben kann, den Staatsanwalt zu unbedingtem Gehorsam zu verpflichten. Das Militärstrafgesetzbuch bestimmt in § 47 zunächst, daß der Befehlende allein verantwortlich sei; es bestraft aber den Untergebenen als Teilnehmer, wenn er erkennt, daß der Befehl eine Handlung betrifft, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckt. Der untergebene Soldat ist bei erkannter Deliktsqualität des Befehls daher nur straflos, wenn er eine Übertretung begeht. Demnach bestimmt § 47 MStGB. positiv, daß der

[15]) Otto Mayer S. 190; Meyer-Anschütz S. 596; vgl. auch unten S. 31 ff.

Untergebene dem Befehl zur Begehung eines Verbrechens oder Vergehens nicht gehorchen darf, daß somit ein solcher Befehl für ihn nicht verbindlich ist; aber auch der Befehl zur Begehung einer Übertretung m u ß nicht, sondern d a r f nur befolgt werden[16]). Also selbst beim Militär, das zur Ausübung seiner Pflichten eines besonders straffen Gehorsams bedarf, ist der Untergebene nicht verpflichtet, einem auf eine strafbare Handlung gerichteten Befehl zu gehorchen. Auch aus dieser Tatsache läßt sich der Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber es sicher zum Ausdruck gebracht hätte, wenn er den Staatsanwalt an Befehle hätte binden wollen, die gegen den Legalitätsgrundsatz und gegen die §§ 344 und 346 StGB. verstoßen[17]).

Aus den hier bereits erörterten Gründen sind auch die oben S. 7 ff. behandelten Argumente für die unbedingte Gehorsamspflicht des Staatsanwalts nicht stichhaltig. Wenn Battenberg zunächst eine Pflichtenkollision nicht für vorliegend erachten will, weil § 152 StPO. lediglich die Staatsanwaltschaft als solche, § 146 GVG. aber wiederum nur den einzelnen Staatsanwalt beträfe, so kann ihm hierin nicht gefolgt werden. Es ist bereits dargelegt worden, daß das Amt des einzelnen Staatsanwalts durch die Aufgaben der Staatsanwaltschaft bestimmt wird und daß er die Tätigkeit auszuüben hat, die das Gesetz der Staatsanwaltschaft zuweist. Die Grenzen, die der Staatsanwaltschaft in ihrer strafprozessualen Tätigkeit gesetzt sind, gelten daher auch für ihn; es ist nicht möglich, daß die unpersönliche Behörde als solche Pflichten hat, die die Beamten der Behörde nicht zu beachten hätten. Der einzelne Staatsanwalt ist daher durchaus verpflichtet, bei seiner Tätigkeit das Legalitätsprinzip zu beachten. Ebenso kann § 146 GVG. nicht als eine Ausnahmebestimmung gegenüber § 152 StPO. angesehen werden, wie sie der Wortlaut des § 152 vorsieht. Wenn es im § 152 StPO. heißt: „Die Staatsanwaltschaft ist, s o w e i t n i c h t g e s e t z l i c h e i n a n d e r e s b e s t i m m t i s t, verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten", so kann es sich bei den vorgesehenen Ausnahmen nur um solche Bestimmungen handeln, die unter gewissen Voraussetzungen das Opportunitätsprinzip gelten lassen wollen, also um Bestimmungen, wie die §§ 153 und 154 RStGB. und § 32 JugendGerGes. Weiter gehören zu den in § 152 genannten Ausnahmen die Privatklagedelikte, für die nach § 376 StPO. nicht

---

[16]) Romen-Rissom Anm. 13 zu § 47; M. E. Mayer S. 116 ff.
[17]) Ebenso Beling S. 139 unter II.

das Legalitätsprinzip, sondern vielmehr nur die Erwägung maßgebend ist, ob die Erhebung einer Anklage im öffentlichen Interesse liegt. Ebenso gehören hierher die Auslandstaten, deren Verfolgung nach § 4 Abs. 2 StGB. in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt ist, also alles Vorschriften, in denen der sonst bestehende Verfolgungszwang ausdrücklich ausgenommen ist. Im übrigen sei noch bemerkt, daß Battenberg sich selbst widerspricht, wenn er § 146 GVG. als Ausnahmebestimmung im Sinne von § 152 StPO. gewertet wissen will; denn § 146 stellt ja nach seiner Ansicht nur eine Pflicht des einzelnen Staatsanwalts auf, die also nach seiner Argumentation keine Ausnahme von den Pflichten der Staatsanwaltschaft als solcher bilden kann.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß das im § 146 des Gerichtsverfassungsgesetzes den Beamten der Staatsanwaltschaft und der Justizverwaltung beigegebene Recht, ihren Untergebenen dienstliche Anweisungen zu erteilen, sich nicht auf solche Anweisungen bezieht, die eine gegen das Legalitätsprinzip verstoßende Strafverfolgung bzw. Unterlassung der Strafverfolgung bezwecken [18]).

Diese Grenze des Anweisungsrechtes gilt auch nicht nur für Anweisungen, die von Behörde zu Behörde ergehen, sondern sie gilt auch innerhalb jeder Behörde. Es macht also für die Gehorsamspflicht keinen Unterschied aus, ob zum Beispiel der Generalstaatsanwalt beim Oberlandesgericht einen ihm unterstellten Oberstaatsanwalt beim Landgericht anweist oder ob sich seine Anweisung an einen Beamten seiner eigenen Staatsanwaltschaft richtet. Eine solche verschiedene Begrenzung der Gehorsamspflicht könnte sich ergeben aus der Bestimmung des § 144 GVG.: „Besteht die Staatsanwaltschaft eines Gerichts aus mehreren Beamten, so handeln die dem ersten Beamten beigeordneten Personen als dessen Vertreter." Man könnte nun aus dieser Vertretereigenschaft der beigeordneten Beamten folgern, daß ihre Gehorsamspflicht eine intensivere sei als die des Oberstaatsanwalts, der dem Generalstaatsanwalt gegenüber immerhin eine selbständige Behörde repräsentiert. Ich glaube jedoch nicht, daß eine solche Unterscheidung im Umfange der Gehorsamspflicht gemacht werden kann. § 144 GVG. will vielmehr nur bestimmen, daß alle staatsanwaltlichen Beamten als Vertreter des ersten Beamten handeln, ohne für den einzelnen Fall einer besonderen Vollmacht zu bedürfen;

---

[18]) Ebenso: Beling S. 79; Benneke-Beling S. 275; v. Ammon S. 76; v. Hippel S. 30 ff.; Graf zu Dohna S. 59.

nach außen hin handelt eben nicht der einzelne Beamte, sondern immer nur der Erste Beamte.

Es läßt sich daher aus § 144 wohl nicht folgern, daß die Beamten einer Staatsanwaltschaft ihrem leitenden Beamten einen besonders intensiven Gehorsam schulden; auch für das Anweisungsrecht des Ersten Beamten gilt daher der oben aufgestellte Satz, daß er den Beamten seiner Behörde keine gegen den Legalitätsgrundsatz verstoßenden Anweisungen erteilen darf.

B. Die einzelnen Tätigkeiten des Staatsanwalts.

Nachdem nunmehr festgestellt ist, daß § 146 GVG. gegenüber § 152 StPO. die schwächere Norm ist, bedarf es der Prüfung, wieweit die Befehlsgewalt des Vorgesetzten dadurch hinsichtlich der einzelnen Tätigkeiten des Untergebenen beeinflußt wird; dabei ist gleichzeitig in großen Zügen an Hand einiger Beispiele festzustellen, wieweit das Befehlsrecht bei den verschiedenen Tätigkeiten überhaupt geht.

1. Ablehnung des Ermittlungsverfahrens.

Beispiel: Beim Staatsanwalt geht eine Anzeige gegen X wegen Beleidigung des Y ein; der Staatsanwalt will ein Ermittlungsverfahren mangels öffentlichen Interesses ablehnen und den X auf den Weg der Privatklage verweisen.

Hier fragt es sich, ob der vorgesetzte Staatsanwalt befehlen kann, daß öffentliches Interesse angenommen und das Ermittlungsverfahren eingeleitet werde. Diese Frage ist zu bejahen. Nach § 376 StPO. ist die öffentliche Klage nur dann zu erheben, „wenn dies im öffentlichen Interesse liegt". Damit gilt nicht der Legalitäts-, sondern der Opportunitätsgrundsatz und die Entscheidung über die Anklageerhebung ist eine reine Ermessensentscheidung. Bei diesen entscheidet aber immer das Ermessen des Vorgesetzten, und zwar nicht nur in zweifelhaften Fällen, sondern schlechthin. Der Begriff des Ermessensmißbrauches seitens des Vorgesetzten ist hier nicht anwendbar, da es sich niemals als Mißbrauch darstellen kann, wenn der Vorgesetzte sich beim Vorliegen einer strafbaren Handlung für deren Verfolgung entscheidet. Der Befehl, öffentliche Klage zu erheben, ist also schlechtweg rechtmäßig und bindend, ebenso naturgemäß der Befehl, die Erhebung einer Klage mangels öffentlichen Interesses zu unterlassen. Gerade bei Beleidigungen muß es letzten Endes die Justizverwaltung in der

Hand haben, ob eine Verfolgung von Amts wegen stattfinden soll, kann die Erhebung einer solchen Klage — beispielsweise wegen einer Beleidigung zwischen Politikern — doch zu schweren Folgen für den Staat führen.

2. Einstellung des Verfahrens.

Beispiel: Im vorgehenden Beispiel hat der Staatsanwalt öffentliches Interesse angenommen und das Ermittlungsverfahren eingeleitet, will aber dann das Verfahren einstellen:

a) da die angeblich gefallene Äußerung nicht nachzuweisen sei,
b) da die Äußerung keine Beleidigung im Sinne des Gesetzes sei,
c) da der Strafantrag fehle. Kann der Vorgesetzte in allen 3 Fällen Anweisung zur Anklageerhebung erteilen?

a) Es ist auf das oben S. 6 zum Legalitätsgrundsatz Gesagte zu verweisen und danach das Befehlsrecht unbedenklich zu bejahen. Ob eine Handlung so nachzuweisen sein wird, daß eine Verurteilung zu erwarten ist, steht wieder im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Die Entscheidung unterliegt daher dem Anweisungsrecht des Vorgesetzten. Der Staat kann ein großes Interesse daran haben, gewisse meist schwer nachzuweisende Delikte (z. B. Betrug) in großer Anzahl vor die Gerichte zu bringen, um wenigstens einige Verurteilungen zu erreichen und dadurch abschreckend zu wirken. Die Landesjustizverwaltung muß daher bei zweifelhafter Beweislage die Anweisung zur Anklageerhebung geben können.

b) Hier hat die Staatsanwaltschaft eine Rechtsfrage zu prüfen, von deren Entscheidung das Vorliegen einer strafbaren Handlung abhängt. Sieht man die gefallene Äußerung als beleidigend an, so muß — abgesehen vom öffentlichen Interesse — nach § 152 StPO. Anklage erhoben werden; sieht man sie dagegen nicht als beleidigend an, so darf die Anklage nicht erhoben werden.

Die Entscheidung der Frage, ob der Vorgesetzte die Anklageerhebung befehlen darf, hängt davon ab, ob die beleidigende Eigenschaft der Äußerung zweifelhaft sein kann oder nicht. Kann kein Zweifel sein, daß die Äußerung nicht beleidigend ist, so darf er die Anklageerhebung nicht befehlen, da sie objektiv gegen den Legalitätsgrundsatz verstoßen würde und der Vorgesetzte sich bei Erkenntnis der Sachlage auch des Verbrechens nach § 344 StGB. schuldig machen würde. Hat der Vorgesetzte aber Zweifel, ob die

Äußerung beleidigend ist, wobei es aber nicht auf die objektive Zweifelhaftigkeit der Frage ankommt, sondern auch Bedenken des Vorgesetzten genügen, so darf er die Anklageerhebung befehlen. Durch einen solchen Befehl würde der Legalitätsgrundsatz nicht verletzt werden; denn dieser verbietet nur die Erhebung unbegründeter Anklagen und darunter kann nur die Erhebung solcher Anklagen verstanden werden, die die Staatsanwaltschaft selbst für unbegründet hält[19]). Hat sie aber Zweifel, ob der Beschuldigte sich strafbar gemacht hat, so ist es ihr gutes Recht, wenn nicht sogar ihre Pflicht, diesen Zweifel vom Richter lösen zu lassen.

c) In diesem Falle des Beispiels, wenn also unzweifelhaft der Strafantrag fehlt, wäre der Befehl zur Anklageerhebung ein rechtswidriger. Dies folgt aus § 152 StPO., nach dem die Staatsanwaltschaft wegen aller strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten hat. Die Verfolgbarkeit ist also ebenso zu prüfen wie die Strafbarkeit, und der Gegenschluß, daß die Anklageerhebung zu unterbleiben habe, wenn die Handlung nicht strafbar ist, muß notwendig dahin ausgedehnt werden, daß sie auch bei Unmöglichkeit der Verfolgung unterlassen werden muß. Der Befehl würde daher gegen § 152 verstoßen und ist somit nicht rechtmäßig.

3. Anklageerhebung.

Durch den Legalitätsgrundsatz wird naturgemäß am meisten die Möglichkeit zu solchen Befehlen eingeschränkt, die sich auf die Anklageerhebung erstrecken. Es ist oben festgestellt worden, daß solche Befehle nicht erteilt werden können, die gegen § 152 StPO. verstoßen. Die Frage der Rechtmäßigkeit eines Befehls wird aber immer schwer zu lösen sein, da in den meisten Fällen die Sachlage nicht glatt und einfach, sondern recht zweifelhaft sein wird. Bei Zweifeln muß aber immer die Ansicht des Vorgesetzten den Ausschlag geben. Die Befehlsgewalt besteht gerade deshalb, um eine einheitliche Ausführung der Staatsaufgaben zu gewährleisten; dies wäre aber in Frage gestellt, wenn jeder Untergebene seine Lösung des Zweifelfalles ausführen dürfte. Nun kann es allerdings vorkommen, daß ein Staatsanwalt die Sachlage für ganz unzweifelhaft ansieht, während der Vorgesetzte seinerseits Zweifel äußert. Ob er in einem solchen Falle ebenfalls dem Befehl zur Anklageerhebung folgen muß, wird im letzten Abschnitt im Zusammenhang

---

[19]) Vgl. auch oben S. 6.

mit der Untersuchung über das Verhalten des Staatsanwalts bei unrechtmäßigen Befehlen zu prüfen sein[20]).

Nun kann die öffentliche Klage teilweise in verschiedenen Formen und bei verschiedenen Gerichten erhoben werden. So kann, nach § 178 Abs. 2 StPO. die Staatsanwaltschaft entweder Voruntersuchung beantragen oder auch unmittelbar Anklage beim Gericht erheben; so kann bei Zuständigkeit des Schöffengerichts die der großen Strafkammer dadurch begründet werden, daß die Staatsanwaltschaft die Eröffnung des Hauptverfahrens vor dieser beantragt (§ 1 der NotVO. vom 14. 6. 1932). In beiden Fällen ist die Wahl nach dem pflichtmäßigen Ermessen der Staatsanwaltschaft zu treffen, die Entscheidung liegt damit aber wieder beim Vorgesetzten, dessen Befehl sich der einzelne Staatsanwalt fügen muß. Das muß m. E. nicht nur für zweifelhafte, sondern für alle Fälle gelten. Nach § 178 Abs. 2 Ziff. 1 StPO. muß die Voruntersuchung auf Antrag der Staatsanwaltschaft eröffnet werden, während die Eröffnung auf Antrag des Angeschuldigten nach Ziff. 2 nur dann stattzufinden hat, wenn er erhebliche Gründe geltend macht. Daraus ist nun zu folgern, daß das Gesetz keine besonderen Voraussetzungen für den Antrag der Staatsanwaltschaft aufstellen wollte, wenn es auch davon ausgeht, daß diese schon der Kosten wegen von ihrer Befugnis nur in den notwendigen Fällen Gebrauch machen werde, wie es in der Praxis ja auch geschieht. Damit ergibt sich aber auch, daß die Notwendigkeit der Voruntersuchung kein Maßstab für die Rechtmäßigkeit eines darauf gerichteten Befehls sein kann. Ein solcher ist also auch in solchen Fällen zu befolgen, in denen die Voruntersuchung offenbar überflüssig ist, da in Ermessensfragen lediglich der Vorgesetzte entscheidet und der Untergebene die Richtigkeit des Ermessens nicht nachzuprüfen hat.

Für das Beispiel: Einreichung der Anklage bei der Strafkammer gilt genau das gleiche; auch hier muß das Verfahren vor der Strafkammer eröffnet werden, da es lediglich in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt ist, ob ihr das erforderlich erscheint. Die Verletzung der Sollvorschrift macht den Befehl noch nicht zu einem rechtswidrigen, da diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut gewissermaßen nur als Richtlinie für das Ermessen der Staatsanwaltschaft gedacht sein kann.

---

[20]) Vgl. unten S. 33.

4. Die Vertretung der Anklage in der Hauptverhandlung.

Die Vertretung der erhobenen Anklage in der Hauptverhandlung durch den einzelnen Staatsanwalt führt zu einer Reihe von Fragen, inwieweit diese Tätigkeit ebenfalls den Anweisungen des Vorgesetzten unterliegt. Da der sogenannte Sitzungsdienst zu den dienstlichen Aufgaben des Staatsanwalts gehört, unterliegt er grundsätzlich auch dem Befehlsrecht des Vorgesetzten; jedoch haben sich aus der Natur der einzelnen in der Sitzung zu stellenden Anträge Zweifel über den Umfang des Befehlsrechts ergeben, die zu einer Untersuchung der hauptsächlichsten Anträge nötigen.

a) Der Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit.

Nach § 172 StPO. kann das Gericht die Öffentlichkeit ausschließen, „wenn sie eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Staatssicherheit, oder eine Gefährdung der Sittlichkeit besorgen läßt". Die Entscheidung setzt keinen Antrag voraus, die Notwendigkeit des Ausschlusses hat das Gericht vielmehr von Amts wegen zu prüfen. Da aber der Staat oft ein großes Interesse am Ausschluß hat, wird der Sitzungsvertreter den Ausschluß oft beantragen oder, richtiger, den Ausschluß anregen. M. E. kann der Vorgesetzte ihn hierzu jederzeit anweisen, und zwar nicht nur in Fällen, in denen die Angemessenheit der Maßnahme zweifelhaft erscheinen mag, sondern in allen Hauptverhandlungen. Denn da die Entscheidung lediglich beim Gericht liegt und der Ausschluß einen Antrag nicht voraussetzt, ist es wiederum nur Ermessensfrage, ob die Staatsanwaltschaft den Ausschluß anregen will. Auch hier liegt es auf der Hand, daß die Entscheidung letzten Endes bei der Justizverwaltung liegen muß.

b) Die Beweisanträge.

Die Frage, ob der Vorgesetzte die Stellung gewisser Beweisanträge befehlen kann, berührt sich eng mit der Frage der Entscheidung über die Anklageerhebung bei unsicherer Beweislage. Wie dort der Vorgesetzte den Ausschlag gibt[21]), so kann er auch hier die Stellung von bestimmten Anträgen befehlen. Es handelt sich auch wieder um eine Ermessensfrage, ob die beantragten Be-

[21]) Vgl. oben S. 6.

weise die Anklage stützen werden oder nicht, und ob sie nach der bisherigen Beweislage noch notwendig sind bzw. Erfolg versprechen. Man könnte allerdings daran denken, daß in einem Falle, in dem die bisherige Beweisaufnahme offenbar die Unschuld des Angeklagten ergeben hat, die Stellung weiterer Beweisanträge gegen den Legalitätsgrundsatz verstoßen könnte; doch ist dies nicht der Fall, da der neue Antrag ja gerade den Beweis der Unschuld erschüttern soll.

c) Der Schlußvortrag.

Recht umstritten ist die Befugnis des Vorgesetzten, dem Sitzungsvertreter Anweisungen für den Inhalt des Schlußvortrags zu erteilen, und zwar sowohl hinsichtlich der tatsächlichen Ausführungen, also der Würdigung des Beweisergebnisses, als auch hinsichtlich der rechtlichen Ausführungen über die Anwendung des Strafgesetzes auf den festgestellten Tatbestand. M. E. kann der Vorgesetzte Anweisung für die rechtliche Würdigung des Sachverhalts erteilen. Die Subsumtion des Sachverhaltes, den der Sitzungsvertreter als erwiesen ansieht, unter das Strafgesetz unterscheidet sich in keiner Weise von der Subsumtion desjenigen Sachverhalts, den der Sachbearbeiter nach dem Akteninhalt einer Anklage zugrunde legen will. Es kann z. B. keinen Unterschied machen, ob der Dezernent im Ermittlungsverfahren bezweifelt, daß eine festgestellte Äußerung beleidigend sei, oder ob das der Vertreter der Staatsanwaltschaft in der Sitzung tut. Daß der Dezernent in einem solchen Falle einer Anweisung über die rechtliche Beurteilung des in den Akten ermittelten Sachverhaltes unterliegt, ist oben S. 18 dargelegt worden: man muß daher auch feststellen, daß der Sitzungsvertreter in der rechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes nicht frei, sondern Anweisungen unterworfen ist.

Diese Feststellung wird gestützt durch das Ergebnis der Beratungen des § 146 GVG. in den verschiedenen Kommissionen und im Reichstage [22]). Der Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes sah in § 118 dieselbe Bestimmung vor, die später im § 147 (jetzt § 146) Gesetz wurde. Zu diesem Entwurf wurde dann seitens eines Kommissionsmitgliedes der Antrag gestellt, hinzuzufügen: „in der Hauptverhandlung haben sie ihre Anträge nach eigener Überzeugung zu stellen". Gegen diesen Antrag wandte sich vor allem die Regierung und mit ihr viele Abgeordnete; man führte aus, daß

[22]) Hahn, Materialien zum GVG. Bd. 1 S. 632 ff.

es bei einer Behörde, die wie die Staatsanwaltschaft hierarchisch gegliedert sei, nur auf die Überzeugung der Behörde, nicht aber auf die des einzelnen Beamten ankommen könne. In den Beratungen wurde dann weiter noch ein Unterantrag gestellt: „Bei Stellung der Anträge in der Hauptverhandlung ist der Staatsanwalt in Ansehung der Würdigung des Beweisverfahrens an Weisungen seiner Vorgesetzten nicht gebunden."

Nachdem die Kommission zunächst den Antrag „in der Hauptverhandlung haben sie ihre Anträge nach eigener Überzeugung zu stellen" angenommen und den § 118 als dritten Absatz zugefügt hatte, beschloß der Bundesrat die Streichung dieses Absatzes. Im Plenum des Reichstages wurde dann der Antrag auf Zufügung des dritten Absatzes erneut gestellt.

Der Regierungsvertreter stellte sich auch hier auf den Standpunkt, daß nicht der Staatsanwalt, sondern die Staatsanwaltschaft dem Gerichte gegenüber träte. Das Institut der Staatsanwaltschaft, so führte er aus, sei das Organ, mit dem die Justizverwaltung operiere, und deshalb sei an die Spitze der Satz gestellt: Die Beamten haben zu gehorchen. Für die tatsächliche Würdigung könnten Befehle nicht erteilt werden, aber für die rechtliche Frage müßten sie erteilt werden können.

Im Reichstage wurde dann der § 118 ohne den dritten Absatz angenommen. Daraus muß geschlossen werden, daß auch der Gesetzgeber den Staatsanwalt solchen Anweisungen unterwerfen wollte, die sich auf die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes in der Hauptverhandlung beziehen. Bei der Selbstverständlichkeit, mit der in den Kommissionen und nachher auch vom Regierungsvertreter vor dem Plenum davon gesprochen wurde, daß für die tatsächliche Würdigung Anweisungen nicht erteilt werden könnten, muß es jedoch zweifelhaft erscheinen, ob der Gesetzgeber mit der Annahme des § 118 ohne den dritten Absatz auch die Anweisungen in dieser Hinsicht gestatten wollte. Diese Frage ist denn auch späterhin streitig geworden und nach den verschiedensten Gesichtspunkten behandelt worden; sie ist für den Staat von besonderer Wichtigkeit, da dieser oft das größte Interesse daran haben kann, eine bestimmte Ansicht über das Beweisergebnis dem Gericht vortragen zu lassen.

So hat sich vor allem Löwe[23]) auf den Standpunkt gestellt, daß hinsichtlich der tatsächlichen Ausführungen Anweisungen nicht erteilt werden dürften; für diese Ausführungen könne nach

[23]) Anm. 3 b zu § 146 GVG.; ebenso Feisenberger S. 49.

§ 261 StPO. lediglich das Ergebnis der Hauptverhandlung maßgebend sein, nicht aber der Akteninhalt, wie ihn der Vorgesetzte kenne. Gegen diese Begründung hat sich Gerland [24]) gewandt, der auch Anweisungen für die Stellungnahme zum Beweisergebnis zulassen will.

Der Vorgesetzte könne sich jederzeit über den Gang der Hauptverhandlung auf dem laufenden halten, und dann sei kein Grund einzusehen, das Anweisungsrecht des vorgesetzten Beamten gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes einzuschränken. Andere [25]) wieder wenden sich gegen die Einschränkung mit der schon in den Beratungen des Gesetzes vorgetragenen Ansicht, daß es auf die persönliche Ansicht des Staatsanwalts überhaupt nicht ankäme, sondern daß dieser lediglich als Vertreter des einseitigen Standpunktes der Anklagebehörde in Wirksamkeit zu treten habe und deshalb auch Anweisungen über die Stellungnahme zum Beweisergebnis entgegennehmen müsse.

Der letzten Ansicht, nämlich daß der Sitzungsvertreter auch Anweisungen über die Würdigung des Beweisergebnisses entgegennehmen muß, ist unbedingt zu folgen, wenn auch nicht verkannt werden soll, daß die Gründe der Gegenmeinung nicht ohne weiteres abzulehnen sind. Es mag zunächst sonderbar anmuten, jemandem eine Entscheidung über die Würdigung des Beweisergebnisses zuzusprechen, der während der Beweisaufnahme nicht zugegen war und deshalb nicht den persönlichen Eindruck von dem Verfahren hat, der für die Frage, was als erwiesen anzusehen ist, oft von entscheidender Bedeutung ist. Das kann aber nicht dazu führen, den § 261 StPO. auch auf den Staatsanwalt anzuwenden, wie Löwe (a. a. O.) es tun will. § 261 ist lediglich eine auf das Gericht anzuwendende Bestimmung; das Gericht soll bei der Entscheidung an keine Beweisregel gebunden sein, sondern nach seiner freien Überzeugung urteilen. Dem Staatsanwalt kommt aber eine solche entscheidende Tätigkeit gar nicht zu, sind doch seine Ausführungen im Schlußvortrag lediglich gutachtlicher Natur. Auf den Vortrag dieses Gutachtens in der Hauptverhandlung muß aber der Staat durch die Vorgesetzten des Sitzungsvertreters auch bezüglich des tatsächlichen Ergebnisses Einfluß nehmen können.

Zunächst ist, wie Gerland (a. a. O.) schon richtig betont, der Vorgesetzte jederzeit in der Lage, sich durch den Sitzungsvertreter über den Stand und das Ergebnis der Beweisaufnahme unterrichten

---

[24]) Der Deutsche Strafprozeß, 1927, S. 110 unter e.
[25]) So v. Liszt in DJZ. 6, 180; Chrzescinski in DJZ. 30, 1768 (1772).

zu lassen. Weiter ist er auch in der Lage, der Beweisaufnahme beizuwohnen; er hat also genug Möglichkeiten, sich davon zu überzeugen, inwieweit das tatsächliche Ergebnis der Hauptverhandlung von dem Bild abweicht, das er sich auf Grund der Akten gemacht hat. Daß der Vorgesetzte, der Anweisungen über die Würdigung des Beweisergebnisses geben will, von diesen Möglichkeiten der Orientierung Gebrauch macht, ist wohl selbstverständlich; dann aber ist wirklich kein Grund einzusehen, aus dem derartige Anweisungen nicht zulässig sein sollten.

Weiter und letzten Endes entscheidend kommt aber noch hinzu, daß nach Sinn und Zweck der Staatsanwaltschaft der Sitzungsvertreter in der Hauptverhandlung ja nicht seine persönliche Ansicht vortragen soll, sondern nur diejenige der Staatsanwaltschaft, des Staates [26]). Der Vertreter des Staates, der Justizminister, muß die Möglichkeit haben, seine Auffassung dem Gericht vortragen zu lassen, zumal er selbst nach der Strafprozeßordnung dazu nicht in der Lage ist. Hierbei muß auch beachtet werden, daß nicht nur bei Rechtsfragen Zweifel und verschiedene Ansichten bestehen können, sondern daß auch gerade die Frage, welcher Sachverhalt auf Grund der Hauptverhandlung als erwiesen angesehen werden muß, oft sehr verschieden beantwortet wird; und gerade um solche zweifelhaften Fälle wird es sich meistens handeln, wenn Anweisungen für die tatsächliche Würdigung gegeben werden. Hier muß, wie bei allen zweifelhaften Fällen, die Ansicht des Vorgesetzten die entscheidende sein.

Gegen die hier vertretene Auffassung scheint nun allerdings zu sprechen, daß der Regierungsvertreter in der Reichstagsberatung des Gerichtsverfassungsgesetzes davon gesprochen hat, daß für die tatsächliche Würdigung Befehle nicht erteilt werden könnten [27]); doch reicht dies nicht zur Widerlegung unserer Auffassung aus. Es ist zwar durchaus angebracht, in Fällen, in denen der Sinn des Gesetzes zweifelhaft erscheint, zu versuchen, diesen Sinn aus der Absicht des Gesetzgebers zu entnehmen und zu diesem Zweck die sogenannten Materialien des Gesetzes heranzuziehen. Dieser Wille des Gesetzgebers wird sich aber nur dann feststellen lassen, wenn man aus den Verhandlungen des Reichstages oder der Kommissionen entnehmen kann, daß die Gesetzgebungsfaktoren ausdrücklich eine bestimmte Auslegung zum Gesetz erheben

---

[26]) Vgl. v. Liszt, DJZ. 6, 180.

[27]) Vgl. Hahn, Materialien zum GVG. Bd. I S. 815 ff.; vgl. auch oben S. 23.

wollten. Im vorliegenden Falle könnte man daher gegen die hier vertretene Auffassung nur dann Schlüsse ziehen, wenn sich aus den Materialien feststellen ließe, daß der Gesetzgeber es für selbstverständlich gehalten hat, daß Befehle hinsichtlich der tatsächlichen Würdigung nicht erteilt werden könnten und deshalb eine entsprechende Bestimmung nicht in das Gesetz aufgenommen hat. Aus der Darlegung des Regierungsvertreters könnte allerdings gefolgert werden, daß der Reichstag den dritten Absatz des § 118 nur deshalb gestrichen hat, weil er den Sitzungsvertreter an rechtliche Anweisungen binden wollte. Dagegen sprechen jedoch die Ausführungen eines Teiles der Abgeordneten, die den Staatsanwalt in jeder Hinsicht an Anweisungen gebunden sehen wollten. Aus diesem Grunde läßt sich nicht feststellen, weshalb der 3. Absatz nicht in das Gesetz aufgenommen worden ist; bei dieser zweifelhaften Sachlage kann aber die Ansicht des Regierungsvertreters allein nicht ausschlaggebend sein, insbesondere da der ganze Sinn und Zweck der Staatsanwaltschaft gegen eine solche Auslegung des § 146 GVG. spricht.

d) Die Strafanträge.

Können somit Anweisungen für die Schlußvorträge erteilt werden, so fragt es sich doch, ob die Anweisungen sich auch auf die Strafanträge erstrecken können. Zunächst ist festzustellen, daß der Strafantrag auch nur eine Anregung ist, da die Verurteilung durch das Gericht einen förmlichen Antrag nicht voraussetzt, und auch erfolgt, wenn die Staatsanwaltschaft einen Antrag hinsichtlich des Strafmaßes nicht stellt. Als Anregung unterliegt der Strafantrag aber ebenfalls dem Ermessen und es muß daher grundsätzlich der Vorgesetzte die Stellung eines bestimmten Strafantrages befehlen können.

Dieses Anweisungsrecht wird aber begrenzt durch die Strafrahmen des Strafgesetzbuches; der Vorgesetzte kann also nicht die Stellung eines Antrages befehlen, der über den betreffenden Strafrahmen hinausgeht. Das folgt schon daraus, daß der Aufgabenkreis der Staatsanwaltschaft auch zugleich Grenze für das Befehlsrecht des Vorgesetzten ist[28]); die Aufgabe des Sitzungsvertreters beschränkt sich aber zweifellos auf Stellung eines Antrages innerhalb des Strafrahmens.

Sehr zweifelhaft ist es nun, ob innerhalb des Strafrahmens jedes Strafmaß als Grundlage für den zu stellenden Strafantrag

[28]) Vgl. oben S. 10 f.

befohlen werden kann, ob also beispielsweise für den Diebstahl eines unbedeutenden Buches, den ein unbescholtener junger Mann begeht, die Höchststrafe des Gesetzes beantragt werden muß, wenn der Vorgesetzte es befieht. Die Zweifel ergeben sich daraus, daß es nicht Aufgabe der Staatsanwaltschaft sein kann, irgendeinen Strafantrag zu stellen, sondern daß sie die Strafe beantragen soll, die sie selbst für angemessen hält. Trotzdem glaube ich, die Rechtmäßigkeit des Befehls auch bei unverhältnismäßig hohen Strafanträgen bejahen zu müssen. Da das Gesetz einen Strafrahmen gibt, ist der Befehl nicht gesetzwidrig, wenn er innerhalb dieses Rahmens bleibt. Es ist wiederum eine Ermessensfrage was beantragt werden soll und deshalb muß der Vorgesetzte die Entscheidung treffen können. Das Befehlsrecht kann hier unbedenklich als das stärkere Recht gegenüber der Pflicht zu angemessenen Anträgen angesehen werden, da ja diese Anträge nur Anregungen sind und eine unmittelbar schädliche Wirkung für den Angeklagten nicht haben, wie es zum Beispiel bei der Erhebung einer ungerechtfertigten Anklage der Fall sein würde. M. E. muß daher der Sitzungsvertreter jedem Befehle hinsichtlich der Strafanträge innerhalb des gesetzlichen Rahmens Folge leisten, zumal die Justizverwaltung aus Gründen der Abschreckung ein Interesse an der Stellung besonders hoher Strafanträge haben kann, auch wenn sie nicht erwartet, daß das Gericht eine Verurteilung in dieser Höhe aussprechen werde.

5. Die Einlegung von Rechtsmitteln.

Die Rechtmäßigkeit eines Befehls zur Einlegung eines Rechtsmittels ist m. E. immer dann, aber auch nur dann gegeben, wenn auch der Befehl zu der Handlung erteilt werden konnte, die dem anzufechtenden Erkenntnis zugrunde liegt. Es ist oben S. 20 z. B. festgestellt worden, daß der Vorgesetzte die Stellung eines Antrags auf Eröffnung der Voruntersuchung anordnen kann; wird dieser Antrag abgelehnt, so muß der Vorgesetzte mit Notwendigkeit auch die Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen den ablehnenden Beschluß befehlen können. Andererseits muß man aber auch folgern, daß der Befehl zu einer Rechtsmitteleinlegung dann unrechtmäßig ist, wenn der Vorgesetzte die Amtshandlung nicht befehlen durfte, die zu dem angegriffenen Erkenntnis geführt hat. Als Beispiel mag man von dem Falle ausgehen, daß der Staatsanwalt einen offenbar Unschuldigen angeklagt und das Gericht diesen wegen erwiesener Unschuld freigesprochen hat. Kann der Vorgesetzte

jetzt die Einlegung der Berufung anordnen? M. E. würde dieser Befehl genau so gegen das Legalitätsprinzip verstoßen, wie wenn der Vorgesetzte schon die Anklageerhebung selbst befohlen hätte. Nach dem Freispruch steht der Angeklagte genau so da, als sei niemals Anklage gegen ihn erhoben worden. Die Berufungseinlegung würde das Verfahren der zweiten Instanz in Gang bringen und sich damit von der Anklageerhebung kaum unterscheiden, da auch in dieser Instanz das ganze Verfahren im wesentlichen wiederholt wird. Damit ist die Berufungseinlegung nichts weiter als eine fortgesetzte Anklageerhebung und verstößt somit genau so gegen den Legalitätsgrundsatz, wie es schon die ursprüngliche Anklage getan hatte. Der Staatsanwalt würde m. E. auch nach § 344 StGB. strafbar sein, weil er mit der Berufungseinlegung die Fortsetzung einer Untersuchung beantragen würde. Dann muß aber auch gemäß den oben zum Legalitätsgrundsatz gemachten Ausführungen die Unrechtmäßigkeit eines Befehls auf Berufungseinlegung angenommen werden und es ergibt sich weiter der oben aufgestellte Satz, daß die Rechtsmitteleinlegung hinsichtlich des Befehlsrechts genau so wie die zugrunde liegende Amtshandlung zu behandeln ist.

6. Die Strafvollstreckung.

Zur Tätigkeit des Staatsanwalts gehört endlich die Strafvollstreckung und auch hier ist daher zu prüfen, ob sich für das Befehlsrecht Besonderheiten ergeben. Zunächst ist festzustellen, daß die Strafprozeßordnung in den §§ 449 ff. eine Reihe von Vorschriften über die Strafvollstreckung gegeben hat. Diese Vorschriften binden nicht nur den Untergebenen, sondern selbstverständlich auch den Vorgesetzten, der also nichts befehlen darf, was gegen die Strafprozeßordnung verstößt. So kann beispielsweise eine Anweisung auf Vollstreckung eines noch nicht rechtskräftigen Urteils gemäß § 449 StPO. nicht erteilt werden. Dann aber ist auch § 346 StGB. zu beachten, nach dem der Staatsanwalt bestraft wird, wenn er „die Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe nicht betreibt oder eine gelindere als die erkannte Strafe zur Vollstreckung bringt". Aus dieser Strafvorschrift ergibt sich, daß ein auf zu milde Vollstreckung oder gar auf Unterlassung der Vollstreckung gerichteter Befehl rechtswidrig ist, selbstverständlich nur dann, wenn sich nicht aus den Gnadenvorschriften ein anderes ergibt.

Anders steht es auch hier mit den Ermessensentscheidungen, die in der Vollstreckung ebenfalls recht häufig sind. Ob beispielsweise einem Verurteilten Strafurlaub zu gewähren sei, ist nach § 456 StPO. in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt; hier entscheidet daher auch der Vorgesetzte, der seinen nachgeordneten Beamten eine bestimmte Entscheidung befehlen kann. Ebenso kann die Äußerung der Staatsanwaltschaft auf ein Gnadengesuch dem Sachbearbeiter vom Vorgesetzten vorgeschrieben werden, da auch hier lediglich das Ermessen der Behörde maßgebend ist.

Abschließend muß daher festgestellt werden, daß der Umfang der Befehlsgewalt innerhalb der Staatsanwaltschaft von derjenigen innerhalb der Beamtenschaft im allgemeinen nicht abweicht, sondern eine Schranke am Aufgabenkreis der Staatsanwaltschaft und denjenigen gesetzlichen Bestimmungen findet, durch die das Verfahren der Staatsanwaltschaft geregelt wird. Die Befehlsgewalt ist also keine besonders intensive, insbesondere darf auch bei der Staatsanwaltschaft nicht die Verletzung gesetzlicher Verfahrensvorschriften oder gar strafrechtlicher Vorschriften befohlen werden, auch nicht mit der Maßgabe, daß dann an Stelle des Angewiesenen der Befehlende allein in jeder Beziehung verantwortlich ist.

IV. Das Verhalten des Staatsanwalts gegenüber nicht rechtmäßigen oder zweifelhaften Anweisungen des Vorgesetzten.

Für den einzelnen Staatsanwalt ergibt sich nun die Frage, wie er sich gegenüber Befehlen seines Vorgesetzten verhalten soll, die er für nicht rechtmäßig hält, die also insbesondere gegen den Legalitätsgrundsatz oder sonstige Verfahrensvorschriften verstoßen. Eine Frage, deren Beantwortung nicht nur wegen ihrer disziplinaren Folgen von Wichtigkeit für den Betroffenen ist, sondern auf der auch die Strafbarkeit aus den §§ 344, 346 StGB. beruht.

Aus § 146 GVG. selbst ist eine Beantwortung der Frage nicht zu gewinnen. Einmal kann nicht angenommen werden, daß unter „dienstlicher Anweisung" verstanden werden soll, der Vorgesetzte könne im Rahmen der Dienstgeschäfte einfach alles befehlen, auch jede strafbare Handlung; dann aber könnte man auch entgegenhalten daß ein rechtswidriger Befehl gar kein Dienstbefehl mehr sei, ihm also deshalb schon kein Gehorsam geschuldet werde. Für die Staatsanwälte mangelt es hinsichtlich der Abgrenzung ihrer

Gehorsamspflicht daher genau so an einer positiven gesetzlichen Bestimmung wie für die übrigen Beamten; die Lösung der Frage muß daher auch für sie aus den Grundsätzen des allgemeinen Beamtenrechts entnommen werden.

Allgemein anerkannt ist heute, daß der Beamte nicht schlechthin jedem Befehl des Vorgesetzten in Dienstgeschäften Gehorsam schuldig sei; diese sogenannte Theorie des absoluten Gehorsams ist endgültig überwunden[29]). Ebenso wird in der Rechtslehre fast allgemein die sogenannte Remonstrationstheorie abgelehnt[30]), nach der der Beamte bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des erteilten Befehls beim Vorgesetzten Rückfrage zu halten und den Befehl auszuführen hat, wenn der Vorgesetzte dann darauf besteht. Diese Theorie kommt im Ergebnis auch auf einen absoluten, wenn auch schleppenderen Gehorsam hinaus; da sie aber in einige Länderverfassungen eingegangen ist, zum Beispiel in die württembergische, muß unten (S. 34) doch noch kurz darauf eingegangen werden.

Im Gegensatz zu diesen Theorien ist vielmehr davon auszugehen, daß der Beamte nur den rechtmäßigen Befehl auszuführen, rechtswidrigen Befehlen dagegen den Gehorsam zu versagen hat, da diese nicht als auf Amtsgeschäfte bezüglich anzusehen sind[31]). Damit steht aber noch nicht fest, wer denn zu entscheiden hat, ob der einzelne Befehl auch tatsächlich rechtmäßig oder rechtswidrig ist, und die Frage nach der Gehorsamspflicht des Beamten ist daher in Wirklichkeit eine Frage nach dem Prüfungsrecht des Beamten: alle Befehle, deren Prüfung auf Rechtmäßigkeit ihm nicht gestattet werden kann, hat er als rechtmäßig anzusehen und auszuführen.

Daß der Beamte nicht etwa alle an ihn ergangenen Befehle auf ihre Rechtmäßigkeit hin prüfen darf, ist heute als vorwiegende und herrschende, aber auch als richtige Meinung anzuerkennen[32]). Die gegenteilige Ansicht würde den Behördenorganismus geradezu umkehren und die Entscheidung letzten Endes dem Wachtmeister, nicht dem Generalstaatsanwalt beilegen. Dem Angewiesenen würde zudem oft die Sachkenntnis des Anweisenden fehlen, er wäre gar nicht in der Lage, die Rechtmäßigkeit auf Grund

---

[29]) Vgl. v. Ammon S. 67.
[30]) Vgl. v. Ammon S. 68.
[31]) Vgl. v. Ammon S. 68; Laband S. 460.
[32]) Laband S. 461/62; v. Ammon S. 70; and. M. hauptsächlich Loening S. 122 ff., der den Beamten das Recht geben will, auf eigene Verantwortung alle Befehle zu prüfen.

eigener Erwägungen festzustellen. Man hat daher das Prüfungsrecht dahin beschränkt, daß der Beamte seine eigene Zuständigkeit sowie die des Vorgesetzten zu prüfen habe, als auch die Ordnungsmäßigkeit der Form des Befehls beachten müsse, Erwägungen, die seine dem Amte entsprechenden Fähigkeiten niemals übersteigen könnten [33]). Andererseits besteht hinsichtlich dieser Punkte aber auch eine Prüfungspflicht, so daß die Unterlassung der Prüfung den Beamten verantwortlich macht.

Weiter wird man aber über dieses schon von Laband a. a. O. vertretene Prüfungsrecht hinaus denjenigen Befehlen die bindende Kraft versagen müssen, deren Rechtswidrigkeit der angewiesene Beamte klar erkennt [34]). Solche Befehle können unmöglich als wirksame Dienstbefehle angesprochen werden; bei ihnen spielt auch das staatliche Interesse am ungestörten Funktionieren des Beamtenkörpers keine Rolle, da dieses nur wirkliche Dienstobliegenheiten schützen will, nicht aber Befehle, deren Ausführung womöglich klar gegen das Strafgesetzbuch verstößt [35]). Solchen Befehlen darf der Beamte daher den Gehorsam versagen, andererseits muß er es aber auch, will er sich nicht strafbar machen.

Nun fragt sich aber, ob man mit dieser schematischen Abgrenzung des Prüfungsrechts wirklich auskommt. Schon Zorn (Bd. I S. 35) ist der Ansicht, daß die angeführten Grundsätze „zwar wertvolle Richtpunkte seien, aber keineswegs eine für jeden Fall sichere Lösung böten, auf deren Gewinnung man überhaupt verzichten müssen werde". Wenn er weiter sagt, der Beamte habe eben nach bestem Gewissen seine Gehorsamspflicht zu erwägen, so berührt er sich mit Bornhak und Loening, die den Untergebenen ein Prüfungsrecht auf eigene Gefahr geben wollen, so daß letzten Endes die Disziplinarbehörde und die Disziplinargerichte alle Staatsfragen entscheiden würden. Schon deshalb kann ein allgemeines Prüfungsrecht nicht bejaht werden, auch nicht auf eigene Gefahr des Beamten; wohl aber muß man m. E. die Grundidee der Zornschen Lehre billigen, nämlich, daß das Prüfungsrecht sich nicht für alle Beamten gleichmäßig bestimmen läßt, daß man insbesondere ihre Vorbildung nicht ganz außer acht lassen darf und auch den Charakter und den Inhalt ihrer Tätigkeit berücksichtigen muß, wenn man den Umfang ihres Prüfungsrechts und ihrer

---

[33]) Dagegen allerdings Bornhak (Pr. Staatsr. S. 50), da auch diese formelle Prüfung oft recht schwierig sein könne.

[34]) So v. Ammon S. 74; Walz S. 148; Bornhak (Pr. Staatsrecht) S. 51; Bornhak (Bad.) S. 86; Jellinek S. 372.

[35]) Auf diesem Standpunkt steht auch § 47 MStGB.

Prüfungspflicht feststellen und die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens im Einzelfall prüfen will[36]).

Geht man von diesen Grundsätzen aus, so ergibt sich für die Gehorsamspflicht des Staatsanwalts folgendes:

Befehlen, deren Rechtswidrigkeit er klar erkennt, muß und darf er keine Folge leisten. Der Staatsanwalt hat daher einer solchen Anweisung nicht zu folgen, wie sie oben S. 7 zur Grundlage der Erörterungen gemacht worden ist. Ein Befehl, bei dem er klar erkennt, daß er gegen den Legalitätsgrundsatz verstößt, darf daher nicht von ihm befolgt werden; würde er es dennoch tun, so müßte er die strafrechtlichen Folgen tragen und wäre durch den Befehl nicht gedeckt.

Es wird jedoch in geordneten Zeiten wohl kaum vorkommen, daß ein solcher Befehl erteilt wird. Die Regel werden vielmehr solche Anweisungen bilden, bei denen es dem Angewiesenen zweifelhaft erscheint, ob die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen vorliegen, die nach dem Legalitätsgrundsatz die Grundlage für die Erhebung oder Unterlassung einer Anklage zu bilden haben. Gerade die Rechtswissenschaft kennt ja unzählige Streitfragen, die der Vorgesetzte anders lösen kann als der Untergebene; ebenso sind die tatsächlichen Verhältnisse eines Strafverfahrens, wie auch schon oben bei den Anweisungen für die Hauptverhandlung dargelegt, oft ungemein verwickelt. Hier erfordert es der geregelte Dienstbetrieb, daß die Ansicht des Vorgesetzten die maßgebende ist und der Staatsanwalt solchen Anweisungen trotz seiner Zweifel Folge zu leisten hat. Es läßt sich, wie bei jeder Behörde, so auch bei der Staatsanwaltschaft nicht mit einem geordneten Dienstgang in Einklang bringen, daß der Beamte solchen Anweisungen den Gehorsam verweigert, an deren Berechtigung und Verbindlichkeit er zweifelt. Wenn der Vorgesetzte z. B. einen Verbrecher für überführt, der Untergebene ihn jedoch für nicht überführt ansieht, so muß dieser ihn dennoch anklagen, wenn es der Vorgesetzte verlangt. Bei solchen Anweisungen wird man allerdings eine Angabe von Gründen oder eine Besprechung mit dem Untergebenen verlangen müssen. Löwe[37]) will allerdings der Landesjustizverwaltung das Recht einräumen, im einzelnen Falle die Erhebung der Klage ohne Angabe von Gründen zu untersagen; dies scheint jedoch bedenklich. Wenn dem Staatsanwalt keine Gründe für die Anweisung mitgeteilt werden, so kann er auch gar nicht wissen, ob und

[36]) So auch v. Ammon S. 75/76.
[37]) Anm. 8 zu § 152.

welche Zweifel der Vorgesetzte an seiner des untergebenen Staatsanwalts Ansicht hat; dies um so mehr, als an der Spitze der Landesjustizverwaltung oft ein Minister steht, der nicht rechtsgelehrt ist. Aus diesen Gründen wird man daher verlangen können, daß der Vorgesetzte, der die Entscheidung des Untergebenen nicht billigt, eine entgegengesetzte Anweisung unter Angabe von Gründen gibt, damit der Untergebene auf jeden Fall sieht, daß er von seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit frei ist.

Wollte man der Löweschen Ansicht folgen, so wäre der Justizminister in der Lage, von sich aus eine Art Abolition durchzuführen. Die nichtbegründete Anweisung, eine Anklage nicht zu erheben, unterscheidet sich nicht mehr von dem Befehl der Regierung, ein Strafverfahren niederzuschlagen. Dieses Niederschlagungsrecht steht aber niemals dem Justizminister zu — wenn es von der Länderverfassung überhaupt anerkannt wird [38]) —, sondern dem Staatsministerium [39]), das es gegebenenfalls delegieren kann. Jedenfalls würde der Justizminister, der seine Anweisungen in Zweifelsfällen ohne jede Begründung erteilt, der Sache nach eine Befugnis ausüben, die ihm, wie die Vorschriften über die Abolition zeigen, nicht zustehen soll. Hinzu kommt noch, daß z. B. in Preußen auch das Staatsministerium eine Berufungseinlegung nicht im Wege der Abolition verhindern könnte, da hierzu ein Gesetz notwendig wäre. Die Löwesche Ansicht würde also dem Justizminister ein Recht zugestehen, das über das des Gesamtministeriums hinausgehen würde; diese Folge spricht auch dafür, daß eine Begründung des Befehls gefordert werden kann, damit der angewiesene Staatsanwalt sieht, daß nicht etwa eine unzulässige Abolition beabsichtigt ist, die er gar nicht ausführen dürfte.

Am zweifelhaftesten ist die Lösung der Gehorsamsfrage jedoch für die Fälle, in denen der untergebene Staatsanwalt glaubt, daß die erteilte Anweisung ohne jede Zweifelsmöglichkeit gegen den Legalitätsgrundsatz verstößt, der Vorgesezte aber in seiner Anweisung dennoch Zweifel zum Ausdruck bringt. Hier wird man dem Staatsanwalt, wenn er die Rechtswidrigkeit des ihm erteilten Befehls klar zu erkennen glaubt, auch das Recht geben müssen, den Gehorsam zu verweigern. Und nicht nur in solchen Fällen, in denen auch subjektiv ein rechtswidriger Befehl vorliegt. Gegen ein solches Prüfungsrecht kann auch nicht die ordnungsmäßige Abwickelung der Geschäfte der Staatsanwaltschaft angeführt werden,

---

[38]) Z. B. nicht in Bayern.
[39]) Z. B. Pr.Verf. Art. 54.

da man aus diesem Grunde nur bei wirklich zweifelhaften Fällen der Entscheidung des Vorgesetzten den Vorzug geben muß. Es muß dem Staatsanwalt, der eine außerordentlich gründliche Ausbildung hinter sich hat, und zwar genau dieselbe, die auch sein Vorgesetzter genossen hat, überlassen bleiben, sich der Gefahr einer disziplinarischen Bestrafung auszusetzen, wenn er klar zu erkennen glaubt, daß der Befehl gegen den Legalitätsgrundsatz verstößt. Eine solche disziplinarische Bestrafung wird er allerdings zu gewärtigen haben, wenn sich das Disziplinargericht auf den Standpunkt stellt, daß die Zweifel des Vorgesetzten berechtigt waren [40]); er kann aber nicht schon lediglich deswegen bestraft werden, weil er dem Befehl keine Folge geleistet hat [41]).

Die Gehorsamspflicht des Staatsanwalts nach § 146 GVG. ist daher im wesentlichen mit der Gehorsamspflicht aller Beamten identisch; sie erstreckt sich auf die gesamte Tätigkeit des Staatsanwalts, der allen dienstlichen Anweisungen seiner Vorgesetzten Folge leisten muß, soweit diese nicht unzweifelhaft gegen den Legalitätsgrundsatz oder sonstige Verfahrensvorschriften und Gesetze verstoßen.

---

[40]) v. Ammon S. 76 ff.

[41]) Eine Ausnahme wird man wohl für die württembergische Staatsanwaltschaft machen müssen, da nach Artikel 34 des württembergischen Beamtengesetzes von 1929 die württembergischen Beamten sich bei Bedenken gegen den Befehl an den Vorgesetzten zu wenden haben, den Befehl aber dennoch ausführen müssen, wenn der Vorgesetzte darauf beharrt. Zweifelhaft bleibt jedoch, ob bei der Fassung: „Gibt der Inhalt einer Anweisung Anlaß zu B e d e n k e n", diese Remonstrationspflicht auch auf offenbar rechtswidrige Befehle Anwendung findet, oder ob nicht vielmehr, wie m. E. anzunehmen sein wird, nur wirklich oder vermeintlich zweifelhafte Fälle gemeint sind. Letzten Endes kann diese Vorschrift auch nur bei landesrechtlichen Delikten in Betracht kommen; gegenüber § 152 als Reichsrecht muß sie versagen (vgl. Loening S. 123).

Lebenslauf.

Ich wurde geboren am 23. September 1907 in Berlin als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Richard Spaeth und seiner Ehefrau Lily geb. Miteau. Die Schule besuchte ich zunächst vier Jahre in Posen, sodann die Herderschule, ein Reform-Realgymnasium in Berlin-Charlottenburg. Nach bestandener Reifeprüfung zu Ostern 1926 widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Freiburg i. Br. und Berlin. Ich bestand am 23. Juli 1929 das Referendarexamen in Berlin und nach dreijähriger Ausbildung die große Staatsprüfung am 20. Februar 1933. Seitdem übe ich die Anwaltspraxis in Berlin aus.